Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IX.

Beitrag zur Lehre von der Nichtigkeitsbeſchwerde

von

Herrn A. W. S. Franke,
Doctor der Rechte und Archivar des Oberappellationsgerichts in Kiel.

Die Lehre von der Nichtigkeitsbeſchwerde iſt von unſern ausgezeichnetſten Juriſten einer mehr oder minder ausführlichen Erörterung unterzogen, auf philoſophiſchem ſowohl als auf hiſtoriſchem Wege behandelt; und doch ſagt man wohl nicht zu viel, wenn man behauptet, daß ſie in ihren Reſultaten zu den unklarſten im ganzen Gebiet des Civilprozeſſes gehört. Die Quelle dieſer Unklarheit iſt leicht entdeckt. Im römiſchen Recht findet man bei aufmerkſamer Forſchung noch vollkommene Klarheit und Conſequenz in derſelben. Das canoniſche Recht fing an zu modificiren. Das ergriffen nach Errichtung des Reichskammergerichts die Praktiker. Der Geſichtspunct der Nichtigkeit bewirkte Competenz deſſelben in jeder Sache. Auf nichts gegründete Eintheilungen und Unterſcheidungen mußten dienen, den Begriff der Nichtigkeiten auszudehnen, und ihm alle Beſtimmtheit zu rauben. Der J. R. A. ſollte helfen, aber der Geiſt der Unklarheit und Unbeſtimmtheit wirkte auch auf die Form der Verordnung, in der er Hülfe bringen wollte. Seine Interpretation hat ſeitdem unſere Juriſten beſchäftigt. Die Interpretation hatte mit den alten Schwierigkeiten zu kämpfen; ſie ſelbſt brachte noch neue hinein in dieſe Lehre. Man wollte den J. R. A. aus allgemeinen Prinzipien erklären; man ignorirte oder caſſirte die Grundſätze des römiſchen Rechts; man legte das allgemeine Prinzip des Verzichtes zur Baſis, conſtruirte dar-

auf die ganze Lehre von der Nichtigkeitsbeſchwerde, und nun mußten ſich die Worte des Geſetzes ſchon fügen. So Gönner und Andre. Auf der andern Seite will Klüpfel den Gegenſtand hiſtoriſch behandeln. Er bemerkt bei fleißiger Leſung der hieher gehörigen Geſetze von den Digeſten bis auf den J. R. A., daß das eine nicht zum andern paßt; es ſtößt ihm Manches auf, was nur in abweichenden Begriffsbeſtimmungen ſeinen Grund haben kann. Das, meint er, berechtigt ihn, den Begriff der Nichtigkeit ſelbſt darnach zu modificiren und auszudehnen. Er paßt nun die Geſetze ſeinem neu ausgedehnten Begriff an, und freut ſich, nun auch überall Uebereinſtimmung zu finden.

Es verſteht ſich von ſelbſt, daß es nicht unſere Anſicht ſeyn kann, hier über die geſammte bisherige Bearbeitung der Nichtigkeitslehre den Stab zu brechen; vielmehr läßt es ſich nicht verkennen, daß wir in den Schriften von Gönner [1]), Almendingen [2]), Klüpfel [3]), Heffter [4]), Linde [5]), Geſterding [6]), auch ſelbſt von Bornemann [7]), einen Reichthum treffender Winke und vollſtändigen Quellenapparat für eine richtige Anſchauung derſelben finden. Vorzüglich aber gewährt Mittermaiers Abhandlung über die geſchichtliche Entwicklung und den Einfluß der Beſtimmung des J. R. A's. eine eben ſo lehrreiche als intereſſante Lectüre, und man kann dabei nur bedauern, daß der Zuſammenhang ihm nicht geſtattete, mehr umfaſſend in das Detail dieſer Lehre einzugehen. — Ein

1) Handbuch des Prozeſſes B. III. Abh. 64, in der 1ten Ausg. Bd. III. Nr. 42.

2) Metaphyſik d. Civilproz. Nr. X. S. 253 ff.

3) Abhandl. über einzelne Thle. d. bürgerl. Rechts. Abh. V. S. 96 ff.

4) Inſtitutionen des Civilpr. S. 248 — 54 und 506 — 20.

5) Lehrbuch des Civilproz. §. 417 — 422 und Handb. IV. Lehre von den Rechtsmitteln. Theil 1 §. 144.

6) Ausbeute von Nachforſchungen. Thl. III. Abh. V. S. 125 — 172.

7) Beweis, daß der Unterſchied zwiſchen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten dem J. R. A. fremd iſt. Hannov. 1807.

Versuch zur Aufklärung derselben durch sorgfältige Interpretation des hierauf sich beziehenden Gesetzes beizutragen wird unter den gegebenen Umständen um so eher Rechtfertigung finden, da über das Wesen der Nichtigkeitsbeschwerde bis auf den heutigen Tag die widersprechendsten Ansichten herrschen. Hat doch neuerdings Burchardi in s. trefflichen Werk über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 589—91, aber aus triftigeren Gründen, als früherhin Bornemann, die Existenz der heilbaren Nichtigkeitsbeschwerde gänzlich geläugnet, während Klüpfel nachzuweisen suchte, daß sie nicht erst durch den J. R. A. eingeführt worden, sondern sogar schon der Sache nach bei den Römern bekannt gewesen, während Gesterding und Linde die Einführung derselben durch den J. R. A. historisch nachzuweisen suchen, und Gönner die Existenz derselben aus allgemeinen Gründen und dem Geist des J. R. A's. entwickelt.

Der Hauptgrund, weßwegen wir in der Lehre von den Nullitätsbeschwerden so viele abweichende Ansichten, so vieles Schwanken in Theorie und Praxis finden, beruht ohne Zweifel darauf, daß die meisten Rechtslehrer in der Feststellung und Festhaltung des Begriffs der Nullität zu wenig gewissenhaft zu Werke giengen. Wenn Klüpfel a. a. O. S. 100 die Nichtigkeiten ganz allgemein als Gesetzwidrigkeiten charakterisirt, wenn Gönner (1. Ausg. S. 363) behauptet, daß die Handlungen des Richters, als Dieners der Gesetze, nur in soferne für gültig erkannt werden können, als sie mit dem Gesetze übereinstimmen, daß jede Handlung des Richters, welche die Rechte streitender Theile verletzt, null und nichtig sey, da doch offenbar eine gesetzwidrige Handlung Rechte und Verbindlichkeiten nicht hervorbringen könne; so darf man sich allerdings nicht wundern, daß diejenigen, die den Begriff der Nullität mehr einzuschränken sich befugt halten, in ihren Grundsätzen über die Einzelnheiten in der Nichtigkeitslehre von jenen bedeutend abweichen. Sollte es

denn nicht in Erwägung zu ziehen ſeyn, daß der Civilpro-zeß auf den Begriff des formellen Rechts gebaut iſt, daß die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Sentenz dieſem Begriff gemäß keineswegs unter allen Umſtänden von der materiellen Uebereinſtimmung oder Nichtübereinſtimmung mit dem Geſetz abhängt, daß aus dem Richterſpruch ſelbſt formelles Recht entſtehen kann? Geſetzt, der Richter verurtheilte einen Be-klagten, der ſeine exc. solutionis nicht beweiſen konnte, der aber doch die angeliehene Summe in der That zurückbezahlt hat, weil er den Beweis nicht beibringen konnte, in die Be-zahlung der eingeklagten Summen, ſo wird doch Niemanden einfallen zu behaupten, das Urtheil ſey nichtig; und doch läßt es ſich nicht läugnen, daß daſſelbe den Beklagten mate-riell in ſeinen Rechten verletzt, da das Geſetz keine zweima-lige Zahlung verlangt [8]). — Klüpfels Verfahren zur Recht-fertigung ſeines weiten Nichtigkeitsbegriffs und ſeiner Annahme, daß es ſchon zur Zeit des röm. Rechts heilbare Nullitätsbe-ſchwerden gab, iſt dieſes: er ſucht nachzuweiſen, daß es ſchon nach röm. Recht Urtheile gab, deren Mängel durch Provocation oder Appellation intra decendium gehoben wer-den konnten. Das hat er in der That bewieſen; die Rich-tigkeit des Satzes hat aber auch noch niemals Jemand be-zweifelt. Keineswegs aber hat er nachgewieſen, daß das römiſche Recht Urtheile, die z. B. auf falſcher Subſumtion unter das Geſetz beruhten, die aber eben durch dieſe falſche Subſumtion die berechtigte Parthei in ihren Rechten verletzten, als nichtig bezeichnete. Es bleibt demnach noch immer die alte Frage ſtehen: in wiefern iſt die in dem Richterſpruch enthaltene Abweichung von dem Geſetz als Nichtigkeit zu be-trachten, und inwiefern bleibt das Urtheil, der Abweichung

8) Umgekehrt heißt es l. 25 D. de statu hom. Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fue-rit libertinus, quia res judicata pro veritate habetur. l. 237 de V. S.

ungeachtet, zu Recht beſtehen? oder, was noch immer daſſelbe ſagt; was iſt Nichtigkeit der Sentenz?

Mag man den Begriff der Nichtigkeit aus der Natur der Sache oder aus dem Sprachgebrauch des röm. Rechts definiren, ſo wird man zu demſelben Reſultat gelangen.

Nichtig iſt ein Gegenſtand dem Wortbegriff zufolge, in ſo ferne ihm die Exiſtenz oder das Wahre ſeines Begriffs abgeſprochen wird; er iſt juriſtiſch nichtig, in ſofern er als nicht exiſtirend betrachtet, als in demſelben aller Inhalt, alle Wirkſamkeit und Bedeutung negirt wird. Inſoferne alſo einem Begriff das Prädicat der juriſtiſchen Nichtigkeit beigelegt wird, z. B. einer Sentenz, beruht dieſe Eigenſchaft auf einer Fiction; die sententia nulla wird mit Beziehung auf ihre Wirkſamkeit und Bedeutung als nicht exiſtirend angeſehen [9]). Jene Begriffsbeſtimmung der juriſtiſchen Nichtigkeit iſt und war ſchon nach röm. Recht ſo feſt begründet, daß ſchon Briſſon de V. S. s. v. nullum ſeine Definition „nullum esse in jure civili dicitur, quod nullius momenti est, quod non valet, *neque consistit*“ wie er ausdrücklich bemerkt, nicht erſt mit Belegſtellen zu beweiſen brauchte. Uebrigens iſt es bekannt, daß das röm. Recht den Ausdruck nullitas nicht kannte, vielmehr umſchreibend von einer Sentenz ſagte nulla; nullius momenti est, pro nulla habetur [10]).

Ferner, der Zweck einer richterlichen Sentenz iſt, zur Execution zu führen, die rechtlichen Verhältniſſe zwiſchen zwei Partheien feſtzuſtellen, ſo, daß die unterliegende Parthei an derſelben nun nicht mehr rütteln kann. Die Unvollkommenheit der menſchlichen Verhältniſſe, die Möglichkeit ei-

9) L. 4 §. 6 D. de re judic. Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat; ceterum, si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est condemnationis verbum non tenere.

10) cf. Vantius, tractatus de nullitatibus processuum Col. Agr. 1614 S. 7 §. 12.

nes ungerechten Richterſpruchs begründet die Entſtehung des Inſtanzenverhältniſſes, das Inſtanzenverhältniß das Recht der wirklich oder angeblich verletzten Parthei, das Urtheil der früheren Inſtanz provocando anzufechten. Aus der Nothwendigkeit, dieſer Befugniß poſitive Gränzen zu ſetzen entwickelt ſich unmittelbar der Begriff der Rechtskraft und des hieraus hervorgehenden formellen Rechts. Dieſe Sätze bedürfen keines weiteren Beweiſes, keiner näheren Ausführung. Eine rechtskräftige Entſcheidung iſt alſo das Ziel jedes civilprozeſſualiſchen Verfahrens; in der Fähigkeit in Rechtskraft überzugehen beſteht das eigenthümliche Weſen, die weſentliche Wirkſamkeit der Sentenz. Eine Sentenz, die noch nicht rechtskräftig, hat nur einen relativen Werth, eine Sentenz, die der Rechtskraft nicht fähig iſt, gar keinen, nullius momenti est, vires non habet, sententiae auctoritatem non obtinebit; von einem Gegenſtand, der durch eine der Rechtskraft nicht fähige Sentenz entſchieden iſt, heißt es pro non judicato habetur. Es liegt demnach am Tage, daß die Begriffe von Nichtigkeit der Sentenz und Rechtskraft ſich wechſelſeitig erklären. Nichtig iſt eine Sentenz, inſofern ſie der Rechtskraft nicht fähig iſt, und jede Sentenz, die der Rechtskraft nicht fähig iſt, iſt nichtig. Der Kreis in dieſer Bezeichnung darf nicht auffallen; denn es gilt hier keiner vollſtändigen Definition, ſondern es ſoll nur auf die Nothwendigkeit aufmerkſam gemacht werden, den Begriff der Rechtskraft zu dem der Nichtigkeit des Urtheils in ſein rechtes Verhältniß zu ſtellen.

Ehe wir zu den Gründen der Nichtigkeit eines Urtheils übergehen, haben wir hier einem Einwande in der Kürze zu begegnen, der ſich möglicherweiſe gegen das eben bezeichnete Verhältniß zwiſchen dem Begriff der Rechtskraft und des nichtigen Urtheils machen ließe. Man könnte nämlich fragen, wie es möglich ſey, eine nichtige Sentenz als eine ſolche zu bezeichnen, die der Rechtskraft nicht fähig iſt, da es ja doch eine anerkannte Wahrheit ſey, daß jedes einfache

Decret schon an und für sich der Rechtskraft nicht fähig ist, daß es von dem decretirenden Richter selbst in jedem Augenblick geändert werden kann. Allein erstens würde daraus, daß die gegebene Bezeichnung der Nichtigkeit einer Sentenz nicht auf die eines einfachen Decrets paßte, nicht die Unrichtigkeit der ersten Bezeichnung nothwendig folgen; zweitens aber ist die Unfähigkeit in Rechtskraft überzugehen bei dem einfachen Decret und bei einer nichtigen Sentenz in ihren Folgen ganz verschieden; denn abgesehen davon, daß der Fehler in einem einfachen Decret einen Verstoß gegen die substantialia processus enthalten kann, muß man doch behaupten, daß, diesen Fall ausgenommen, das einfache selbst fehlerhafte Decret nebst dem ganzen prozessualischen Verfahren zugleich mit der endlichen Sentenz in Rechtskraft wirklich übergeht.

Soviel steht nun im Allgemeinen anerkannt fest, daß der Grund der Nichtigkeit eines Urtheils immer ein Fehler oder Mangel ist, und zwar entweder in der Person des Richters oder der Partheien, oder in den substantialibus processus, oder im Inhalt des Urtheils.

Die Grundsätze über die Nichtigkeit wegen Mangels in substantialibus processus bedürfen hier keiner weitern Entwicklung. Die Lehre von den wesentlichen Bestandtheilen des Prozesses ist hier vollkommen leitend, und die hier geltenden Prinzipien sind von Männern, wie Gönner, Heffter, Linde, Gesterding, auch Klüpfel u. v. A. so vollständig und klar aus dem Charakter des Prozesses abgeleitet und entwickelt, daß wir uns hier alles Details enthalten können. — Nur Eine Frage bedarf hier einer ernsten Erwägung. Wir lesen in Linde's Lehrb. des Proz. §. 417, in manchen Fällen habe nach röm. Recht die Nichtigkeit durch assensus geheilt werden können. Er beruft sich hierfür auf die l. 3 C. quomodo et quando judex, und auf Heffters Institut. S. 506, wo dieses Gesetz ausführlich in demselben Sinn interpretirt wird. Die Stelle lautet:

Ab eo judicato recedi non postet, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum, si ubi primum cognovistis, non illico de statutis querelam detulistis. Ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit commodatus assensus.

Auch nach Hefftters Interpretation iſt hier von dem Fall die Rede, da gegen Jemanden eine Klage anhängig gemacht, und dieſer von dem Richter verurtheilt wird, ohne von ihm auch nur citirt, auf irgend eine Weiſe gehört, ohne auf irgend eine Weiſe von dem gegen ihn anhängig gemachten Prozeß unterrichtet zu ſeyn. Es ſoll nun die l. 3 verordnen, die in dieſem Verfahren liegende Nichtigkeit werde dadurch gehoben, das ſo conſtruirte Erkenntniß dadurch rechtskräftig, daß der Verurtheilte ſeinen assensus zu dem Verfahren dadurch zu erkennen giebt, daß er nicht ſogleich nach erlangter Kunde (illico) Beſchwerde erhebt. — In der That könnte nichts unbegreiflicher ſeyn, als der Inhalt dieſes Geſetzes, wenn mit dem eben Angedeuteten wirklich der wahre Sinn deſſelben angegeben wäre. Es liegt am Tage, daß die hier in Rede ſtehende Nichtigkeit, die durch den assensus geheilt werden ſoll, in der Form des Verfahrens ihren Grund hat. Es ſteht aber unerſchütterlich feſt der Grundſatz des römiſchen und aller vernünftigen Rechte, daß das gegenſeitige Gehör der Partheien zu den weſentlichſten Beſtandtheilen des Prozeſſes, und daß demnach die Ladung des Beklagten zu den nothwendigſten Requiſiten deſſelben gehört [11]). Nun aber iſt es anerkannter Charakter der Nichtigkeiten, daß ſie sine appellatione rescinduntur, daß die Zeit, innerhalb deren der durch ſie Verletzte ſich zu beſchweren das Recht hat, bis auf 30 Jahre hinausgerückt iſt, nach röm. Recht eigentlich an gar keine Zeit gebunden war. Wäre jene Interpretation

11) Wir brauchen uns in dieſer Beziehung nicht erſt auf l. 14 §. D. de appell. l. 1 §. 3 D. quae sine appell. und unzählige andere Stellen zu berufen.

aber richtig, so würden alle diese Grundsätze über den Haufen gestoßen. Nicht allein, daß der Verletzte nicht das Recht auf die Beschwerde innerhalb 30 Jahren behielte, nein, es würde durch diese Bestimmung sogar der sonst gewöhnliche Zeitraum der eintretenden Rechtskraft beschränkt werden. Erführe der auf diese Weise Verurtheilte von dem ihm widerfahrenden Unrecht, so würde er nicht das decendium appellationis benutzen dürfen, er würde sich beeilen müssen, illico Remedur zu suchen. Vergleichen wir den Inhalt aller unsern Gegenstand betreffenden Stellen des röm. Rechts, so können wir ohne die dringendste Nothwendigkeit unmöglich annehmen, daß nach der cit. l. 3 der Beklagte, der von einem wider ihn ergangenen durchaus nichtigen Urtheil Kenntniß bekommt, nach den Regeln des regelmäßigen Civilprozesses verpflichtet seyn sollte, sogleich dagegen ein Rechtsmittel zu ergreifen. Da ihm nach allgemeinen Regeln innerhalb 30 Jahren das Recht der Beschwerde (unbeschränkt die exc. nullitatis) zusteht, so wird aus seinem vorläufigen Stillschweigen nichts weniger als sein assensus in den Inhalt des nichtigen Urtheils folgen [13]). — In der That dürfte aber auch dem Kaiser Gordianus eine solche abnorme Bestimmung nicht in den Sinn gekommen seyn. Dies erscheint klar, wenn man die angef. l. 3 mit den unmittelbar vorangehenden leges C. quomodo et quando in Zusammenhang stellt. In der l. 1 heißt es nämlich, der Richter sey zwar nicht verbunden, contra absentes sententiam dare, wohl aber könne er unter Umständen den Abwesenden verurtheilen. Es wird hier also offenbar auf das eremodicium Bezug genommen. Daß das Gesetz aber den Fall des wissentlichen Ausbleibens bei einer Edictalcitation vor Augen hat, läßt die folgende l. 2 nicht zweifelhaft. Denn hier heißt es:

---

12) Vgl. l. 19 D. de appell. 49, 1.

Cessante quoque causa peremtorii edicti adversus eos, qui admoniti judicio adesse noluerunt, sententiam a judice posse proferri certum est.

Hier liegt alſo ein ordentlicher Contumazialfall vor. Der dritte Fall, der durch die folgende l. 3 beſtimmt werden ſoll, iſt nun ohne allen Zweifel der, wenn gegen den Beklagten eine Edictalcitation ausgebracht iſt, er aber von derſelben aus irgend einem Grunde keine Kunde bekommen hat. Der Richter erkennt hier im Termin gegen den Ausgebliebenen. Die Natur des Edictalproceſſes erfordert dieß, abgeſehen von der Wiſſenſchaft des Verurtheilten. Die Natur des Edictalprozeſſes erfordert noch mehr: da das ganze Verfahren darauf berechnet iſt, den Kläger unter der Abweſenheit des Beklagten und unter der Unbekanntſchaft ſeines Aufenthaltsortes nicht leiden zu laſſen, ihm deſſenungeachtet gegen den Beklagten einen möglichſt ſchleunigen Prozeßgang zugänglich zu machen, und ihm auf dieſem Wege ſo bald als möglich zu ſeinem Rechte zu verhelfen, ſo muß auch durchaus der *edictaliter* Citirte genöthigt ſeyn, ſobald er Kunde von dem wider ihn ergangenen Urtheil bekömmt, gegen daſſelbe Remedur zu ſuchen. Denn, ſollte ihm dazu noch die gewöhnliche Reſtitutionszeit (und auf etwas Anderes als auf Reſtitutionen würde der Verurtheilte unter den angenommenen Umſtänden auch ohne jene ſpecielle Beſtimmung nimmermehr Anſpruch haben) offen ſtehen, ſo würde der im Edictalprozeß auf dieſe Weiſe Gewinnende durch das erwirkte Urtheil wenig gewonnen haben. Auf der Stelle iſt das Urtheil, wie jedes Contumazialerkenntniß, rechtskräftig; aber der Beweis, erſt eben vor erhobenem Reſtitutionsgeſuch von der wider ihn ergangenen Ladung und von dem geſprochenen Erkenntniß Kunde erhalten zu haben, wird den Beklagten mit ſeinem Reſtitutionsgeſuch durchdringen laſſen. Verſäumt er aber auch dieſes, ſo würde nur, wenn er innerhalb der Reſtitutionszeit beweiſen könnte, daß er ſogleich

nach erlangter Kenntniß des Urtheils an der Recursnahme verhindert geweſen ſey, auch noch hinterher der Reſtitution gegen das rechtskräftige Urtheil nicht im Wege ſtehen. — Die Schlußworte unſerer l. 3 ſtehen unſerer bisherigen Interpretation nicht entgegen; denn ein durch Stillſchweigen zu erkennen gegebener assensus läßt ſich im Edictalverfahren bei vernachläßigter Edictalcitation wohl als eine vernünftige Fiction rechtfertigen, während er im ordentlichen Civilprozeß unter Vorausſetzung überhaupt nicht ergangener Ladung als ein vollſtändiges Räthſel erſcheinen würde. Beſtätigung findet die Interpretation überdies, wie ſich ohne weitere Ausführung ergiebt, auch in der Ueberſchrift des Titels: quomodo et quando judex sententiam proferre debeat praesentibu partibus, vel una parte absente. — Es ergiebt ſich aus allem Bisherigen, daß die Vorausſetzung der l. 3 cit. keineswegs ein nichtiges Urtheil iſt, daß demnach auch nicht von einer Heilung der Nichtigkeit die Rede ſeyn kann. Die Vorausſetzung iſt ein nach den Regeln des Edictalverfahrens [14]) rechtskräftiges Urtheil, gegen das, wenn man es umſtoßen will, nach unſerer Stelle ſogleich nach erlangter Kunde Reſtitution geſucht werden muß.

Noch weniger ſcheint über die Heilbarkeit der römiſchen Nichtigkeit einer Sentenz aus der l. 1 C. quando provocare n. e. n., wie Heffter l. c. S. 509 will, etwas zu folgen. Die Stelle ſoll den Satz enthalten, daß die Nichtigkeit eines Urtheils, das mit früherer res judicata in derſelben Sache in Widerſpruche ſteht, eine hypothetiſche, dadurch nämlich bedingt iſt, ob der Beklagte von der exc. rei judicatae Gebrauch machen will, oder nicht, und hauptſächlich, ob er probationem promtam habeat. Dieſe letzten Worte ſollen nach ſeiner Meinung ſo viel bedeuten, als in der vorigen Stelle „illico“. Der Beklagte ſoll alſo hiernach wiederum genöthigt ſeyn, ſich mit ſeiner Beſchwerde gegen das nich-

13) Zu vergl. iſt hierüber l. 8 und auth. qui semel C. h. t.

tige Erkenntniß möglichſt zu beeilen; die 30jährige oder unbeſchränkte Dauer des anzuwendenden Rechtsmittels würde daher hier auch wiederum hinfällig ſeyn, und es würde natürlich weiter gefolgert werden müſſen, daß, wenn die angegebene Vorausſetzung nicht eintritt, das Urtheil rechtskräftig werden müßte. — Erwägt man aber, daß probationem promtam habere ganz allgemein heißt: auf Beweis gerüſtet ſeyn, im Prozeß den Beweis zur Hand haben; ſo erklärt ſich die Stelle ganz einfach, wenn man ſie dahin verſteht; ein mit einer früheren res judicata in Widerſpruch ſtehendes Urtheil iſt nichtig. Will man aber mit der Behauptung der Nichtigkeit des Urtheils durchdringen, ſo muß man die Exiſtenz der res judicata und den Widerſpruch beweiſen, probationem promtam habere. Und in dieſer Bedeutung iſt denn auch in der That jede Nichtigkeit hypothetiſch; denn um ſeiner Behauptung der Nichtigkeit einer Sentenz, für welche natürlich nicht die Präſumtion ſtreitet, vor Gericht Wirkſamkeit zu verſchaffen, muß man, wie ſich von ſelbſt verſteht, auf den Beweis ihrer factiſchen Vorausſetzungen gefaßt ſeyn, man muß allemal promtam probationem habere.

Die Klüpfel'ſche Beweisführung, daß das röm. Recht eine Heilbarkeit der Nichtigkeit einer Sentenz kannte, haben wir ſchon im Eingange kurz berührt, und damit dürfte ihrer Würdigung ſchon ein Genüge geſchehen ſeyn [15]).

---

14) Spricht man im Allgemeinen von der Heilbarkeit eines nichtigen Geſchäfts, ſo läßt ſie ſich allenfalls nach Anleitung der l. 3 §. 1 D. rem ratam hab. in der Genehmigung (ratihabitio) finden. In der That kann man ſagen, daß in ihr die Heilung eines an ſich und ohne ſie nichtigen Geſchäfts eben ſo liegt, wie durch das Eintreten aller einzelnen zu einem Geſchäft weſentlich gehörenden Bedingungen und Beſtandtheile die aus dem Mangel der einen oder der anderen derſelben hervorgehende Nichtigkeit des Geſchäfts geheilt wird. Mit demſelben Recht und mit demſelben Sinne wird man denn auch ſagen können, daß durch die Acceptation die in einem bloßen Schenkungsverſprechen liegende Nichtigkeit der Schenkung geheilt wird.

Wir kommen jetzt auf den röm. Unterſchied zwiſchen der sententia nulla und iniqua, je nachdem die Sentenz, wie man ſich jetzt auszudrücken pflegt, contra jus in thesi, oder contra jus in hypothesi verſtieß. Die Stellen, auf welche ſich hauptſächlich die römiſche Unterſcheidung ſtützt, ſind bekanntlich l. 1 §. 2 D. quae sent. sine appell. 49,8.

Item cum contra sacras constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem judicatur, cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronuntiatur

und die l. 19 D. de appell. 49,1.

Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet, ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel SC. vel constitutionem fuerit prolata etc.

Der Eifer, mit welchem Gönner [15]) in einem an ſich ſehr ſcharfſinnigen Raiſonnement über die logiſche Operation eines rechtſprechenden Richters gegen dieſe Unterſcheidung kämpft, läßt ſich nur daraus erklären, daß er, wie viele Andere, in der That den Sinn dieſer Unterſcheidung ganz falſch auffaßt. Es ſoll nämlich nach ihm der Unterſchied davon abhängen, ob das Erkenntniß ausdrücklich einen falſchen abſtracten Rechtsſatz ausſpricht, und unter dieſen ausdrücklich ausgeſprochenen falſchen Rechtsſatz nun den concreten Fall ſubſumirt, oder ob der Richter unter ſtillſchweigender Vorausſetzung des falſchen Rechtsſatzes den vorliegenden Fall dieſem gemäß beurtheilt. Von dieſer Anſicht ausgehend findet Gönner denn auch natürlich Anlaß zu der Bemerkung, daß hiernach der Unterſchied eines Verſtoßes contra jus in thesi und in hypothesi nur dann überhaupt erkennbar und möglich ſey, wenn verfaſſungsmäßig

15) a. a. O. §. 24—27.

das Erkenntniß die Entſcheidungsgründe enthalte; und mit Recht kann er dann fragen, ob der Unterſchied lediglich von der größeren oder geringeren Schwierigkeit abhängen ſoll, mit welcher der Verſtoß gegen die Geſetze zu entdecken iſt, oder vielleicht bei dem erſten Blick in die Augen fällt. — Wenig oder nichts iſt für die Gewinnung eines guten Sinnes der römiſchen Unterſcheidung gefördert, wenn man bei derſelben mit Klüpfel wiederum alles Gewicht auf die Ausdrücklichkeit des Widerſpruches legt, die Materie des Urtheils oder das Factum mit dem Rechtsſatz als unzertrennliche Einheit betrachtet, bei der, abgeſehen von der Ausdrücklichkeit des ausgeſprochenen Verſtoßes, nichts darauf ankomme, mit Beziehung auf welchen Beſtandtheil das Urtheil eine Verletzung oder einen Irrthum enthalte [17]); und wenn man dann den Grund der Unterſcheidung lediglich darin ſucht, daß das röm. Recht alles mögliche Gewicht legte auf die formelle Aufrechthaltung des Geſetzes, auf die Geſetzesformel, die manifesti juris forma, den rigor juris, und nun vor allen Dingen zu verhüten beſtrebt war, daß der Richter, als der Prieſter des Rechts nicht ſelbſt einen offenbaren Verſtoß gegen die Form des Rechts verſchulde, und dadurch das Anſehen und die Heiligkeit ſeines Amts gefährde. — Dagegen ſcheint Geſterding, ſo viel ſich aus der ziemlich dunklen Entwicklung ſeiner Anſicht entnehmen läßt, die Unterſcheidung aus einem vollkommen richtigen Geſichtspunct aufzufaſſen, und es erſcheint um ſo auffallender, daß dieſer ihn nicht auch auf eine beſſere Interpretation der hieher gehörigen römiſchen Geſetzesſtellen führte. Dieſe nämlich ſcheinen in der That über die wahre Tendenz der ganzen Unterſcheidung durchaus keinen Zweifel übrig zu laſſen.

Drei Stellen insbeſondere verbreiten hierüber volles Licht,

---

16) Hierdurch glaubt Klüpfel ohne Zweifel die von Gönner a. a. O. hervorgehobenen Schwierigkeiten zu heben.

die eine durch ſcharfe Anerkennung der allgemeinen Unterſcheidungsmerkmale; in den beiden anderen bewährt ſich die Anwendbarkeit und Conſequenz derſelben in Beiſpielen.

Nach der l. 32 D. de re judic., der l. 2 C. quando provocare und der l. 27 D. de re jud. liegt der römiſchen Unterſcheidung zwiſchen Widerſpruch contra jus constitutionis und jus litigatoris (oder jus in thesi und in hypothesi) folgendes Raiſonnement zum Grunde. Der Richter iſt Organ des Geſetzes, in ihm ſpricht ſich das objective Recht in ſeiner Anwendung auf den concreten Fall aus. Die Aufrechthaltung des Staates erfordert Anerkennung des Grundſatzes, daß der Regel nach ſchon jedes Mitglied deſſelben, jeder Staatsbürger, inwiefern er unbedingt verpflichtet iſt, ſich in ſeiner Handlungsweiſe innerhalb der Gränzen des Rechts zu verhalten, auch das Geſetz kennen muß, und ſich im Uebertretungsfall nicht mit Rechtsunwiſſenheiten ſchützen kann. Wenn dieſer Grundſatz ſchon jeden Staatsbürger trifft, ſo muß er in verhältnißmäßig größerer Strenge ſeine Anwendung leiden auf den Richter, der in den Augen des Volks als das perſonificirte Recht erſcheinen ſoll. Unerläßliche Bedingung iſt es alſo, daß der Richter das Geſetz kenne. Aber, frägt es ſich nun weiter nach der Anwendung des Geſetzes auf den concreten Fall, nach der Subſumtion des einzelnen Falls unter das Geſetz; frägt es ſich, welche Forderung man in dieſer Beziehung im Allgemeinen an den Richter machen könne; ſo erwägt das Recht, daß dieſes Sache des menſchlichen Verſtandes und der Urtheilskraft, des natürlichen Tacts und des Scharfſinns iſt; es erwägt, daß dieſe Fähigkeiten keine Gränzziehung, keine ſcharfe, durchgreifende Regel zulaſſen, daß dagegen nicht leicht ein Rechtsſatz zu finden, der nicht verſchiedener Deutung unterworfen, Gegenſtand einer Controverſe wäre, daß daher demgemäß die Subſumtion des einzelnen Falles unter denſelben nach den Anſichten Verſchiedener auf verſchiedene Weiſe richtig beſchafft werden kann; es erwägt endlich, daß factiſche Irrthümer und Nichtkennt-

niß factiſcher Begebenheiten nur ausnahmsweiſe nicht verziehen werden, daß alſo das Geſetz auch den Fall, da der Richter aus Mangel an richtiger Anſchauung der factiſchen Data, durch falſche factiſche Vorausſetzungen verleitet, die Streitſache unter ein Geſetz ſubſumirt, unter das ſie nicht paßt, ſie alſo falſch beurtheilt, nicht nach denſelben Grundſätzen behandeln kann, wie wenn der Richter geradezu durch Ausſprechung eines falſchen Rechtsſatzes ſeine Rechtsunwiſſenheit zu erkennen giebt. Unmöglich kann ſich das Geſetz mit gleicher Strenge wie gegen dieſe, auch gegen das ſchwächere judicium, den geringeren Grad von Scharfſinn des Richters wenden. Es verfügt demgemäß ganz einfach: wenn der Richter in ſeiner Sentenz einen falſchen Rechtsſatz ausſpricht (einerlei, ob gerade mit dürren Worten oder ſtillſchweigends), wenn ſeine Sentenz eine offenbare Hintanſetzung des anerkannt geltenden Rechts enthält; ſo iſt die Sentenz nichtig (est contra jus constitutionis). Wenn aber der Richter in ſeiner Sentenz blos darin gefehlt hat, daß er von unrichtigen factiſchen Vorausſetzungen bei Beurtheilung der Sache ausgieng, wenn er auf den vorliegenden Fall ein Geſetz anwandte, das andere Vorausſetzungen erheiſcht; ſo bewies er zwar Mangel an logiſchem Geſchick, er verletzte zwar die im Prozeß unterliegende Parthei durch ſeinen error facti oder ſeine falſche Subſumtion; aber der Rechtsſatz, den er in ſeiner Sentenz ausſprach und anerkannte, war doch in abstracto richtig: Die Sentenz iſt daher nicht contra jus constitutionis, nicht nulla, ſondern nur contra jus litigatoris, injusta, und kann nur mittelſt Appellation angefochten werden.

Vergleicht man mit der eben angeführten l. 1. §. 13 quae sent. sine app. und der l. 19 de appellationibus die l. 32 D. de re judic.

Cum prolatis constitutionibus contra eas pronuntiat judex, *eo quod non existimat causam, de qua judicat, per eas juvari: non videtur contra constitutionis senten-*

tiam dedisse; ideoque ab ejusmodi sententia appellandum est: allioquin rei judicatae stabitur.

ſo wird man einräumen, daß es zur Deduction der eben angedeuteten Grundſätze und Anſichten des röm. Rechts keines weiteren Commentars mehr bedürfe. Allein mit derſelben Sicherheit gehen dieſe Reſultate aus den in l. 2 C. quando provocare n. e. n. und der l. 27 D. de re judic. enthaltenen Beiſpielen hervor.

In der l. 2 cit. [18]) werden zwei Fälle einander gegenüber geſtellt: in dem einen ſpricht der Richter bei Beurtheilung einer Teſtamentsſtreitigkeit den falſchen Rechtsſatz aus, der minor quatuordecim annis könne gültig teſtiren, und baut darauf den Schluß der Vollgültigkeit des vorliegenden Teſtaments. Hier heißt es: sententiam contra tam manifesti juris formam datam nullas habere vires palam est. Ganz anders aber, wenn bei obwaltender Ungewißheit über das Alter des defunctus, der Richter erkennt: weil der defunctus quatuordecim annis major geweſen, ſo ſey deſſen Teſtament gültig. Die Vorausſetzung dieſes Erkenntniſſes war eben ſo falſch, als die des erſteren, in ſofern in der That der defunctus ſein 14tes Jahr nicht erreicht hatte, es ihm daher wirklich an der testamenti factio fehlte. Dennoch aber kann gegen dieſes Erkenntniß nur die Appellation helfen. Ohne dieſes geht es in Rechtskraft über. Der Unterſchied beſteht

18) Si cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, judex datus a praeside provinciae pronuntiavit, potuisse defunctum etiam minorem quatuordecim annis testamentum facere, ac per hoc aviam potiorem esse: sententiam ejus contra tam manifesti juris formam datam nullas habere vires palam est: et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. Quodsi, quum de aetate quaereretur, implesse defunctum quartum decimum annum, et per hoc, jure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti, aut post appellationis impletam causam destitisti: rem judicatam retractare non debes.

hier alſo lediglich darin, daß in dem einen Fall der Richter einen verkehrten Rechtsſatz ſeiner Entſcheidung zum Grunde legte, in dem andern Fall aber eine unrichtige Thatſache. Ganz dieſelbe Unterſcheidungsnorm findet ſich ausgeſprochen in den Beiſpielen der l. 1 §. 2 D. quae sent. sine app. resc.

Die von den neueren Juriſten ſo viel beſprochenen Worte der l. 27 D. de re judic. lauten ſo:

> praeses provinciae in usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones, ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam injustam praesidis appellavit. Quaero: si non secundum legem hic Titius provocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem? Modestinus respondit: si in sententia certa quantitas contineatur, nihil proponi, cur judicati agi non possit.

Linde [19]) kommt auf die Interpretation dieſer Stelle bei Gelegenheit der Frage, ob nach röm. Recht die Appellation gegen eine nichtige Sentenz ohne Präjudiz für die eigentliche Nichtigkeitsbeſchwerde zuläſſig war. Er widerlegt hier die Geſterding'ſche Anſicht, wonach aus der cit. l. 27 folgen ſoll, daß die Nichtigkeit einer Sentenz dadurch geheilt werde, daß der durch dieſelbe Verletzte ſie nicht mittelſt Querel, ſondern als ein ungerechtes Urtheil mit der Appellation anficht. Er zeigt mit evidenten Gründen, daß dieſe Auslegung unſerer Stelle mit den ſonſtigen Grundſätzen des röm. Rechts und namentlich mit der l. 19 de appell. in geradem Widerſpruche ſtehen würde. — Linde ſelbſt aber interpretirt die l. 27 dahin: die Vorausſetzung derſelben iſt ein nichtiges Urtheil; denn es erkennt contra jus in thesi (usurae usurarum). Der Verurtheilte appellirt dagegen, läßt aber die Appellation liegen, oder gebraucht ſie nicht vorſchriftsmäßig. Unter dieſen Umſtänden ſoll ſich nach Linde's Meinung unſere lex dahin erklären, daß aus dem abgeſprochenen Urtheil dennoch

19) In ſeinem gründlichen Werk über die Appellation S. 554 ff.

eine actio judicati zuſtehe; denn ihr ſtehe die benutzte Appellation ja nicht entgegen. Daraus aber, daß actio judicati angeſtellt werden könne, folge durchaus nicht, daß der Mangel der injusta sententia geheilt ſey; denn man könne ja auf den Grund einer injusta sententia ebenſogut, als auf den einer justa, die actio judicati anſtellen, und der Beklagte bleibe immer befugt, die Ungültigkeit nur excipiendo zu urgiren. — Offenbar dürfte ſich Linde zu dieſer Interpretation durch den Geſichtspunct haben verleiten laſſen, aus dem er das Geſetz aufgefaßt hat. Wenn man es auch einräumen muß, daß ſich auf eine *injusta* sententia eben ſo gut, als auf eine justa die actio judicati bauen läßt, ſo führt dieß doch keineswegs zum Beweis der Richtigkeit ſeiner Interpretation, da die Vorausſetzung unſeres Geſetzes nach ſeiner Meinung ja eben keine sententia injusta, ſondern eine nulla iſt; und nimmermehr wird man doch behaupten können, daß aus einer nichtigen Sentenz, ſo wenig als aus irgend einem nichtigen Geſchäft, von den Rechten irgend eine Klage eingeräumt werde. In der That heißt es dem Geſetz einen unwürdigen Sinn unterlegen, wenn man meint, es rathe demjenigen, der eine nichtige Sentenz für ſich hat, nur immerhin aus derſelben zu klagen, denn es ſtehe ja dem Gegner offen, ſich mit der exceptio nullitatis zu ſchützen. Wenn dem ſo wäre, wie könnten dann die Geſetze von einer nichtigen Sentenz ſagen: nullas vires habet. Wenn nach der l. 4 §. 6 de re jud. für eine nichtige Sentenz ſogar die Benennung condemnatio ausgeſchloſſen iſt, wie ſollte dann doch wohl das Geſetz dazu kommen, aus einer nichtigen Sentenz die actio judicati einzuräumen? Wie könnte in der Lehre vom dolus der Grundſatz gelten, daß derſelbe den Vertrag nicht ipso jure nichtig mache, daß daher des dolus ungeachtet die Klage aus dem Vertrage ſtehen bleibt, gegen welche der Betrogene ſich aber doli exceptione ſchützen kann? A contrario folgt doch wohl hieraus, daß, geſetzt der dolus

machte das Geſchäft nichtig, auch keine actio daraus zuſtehen würde. Wozu endlich ſollte, wenn der angegebene Sinn der l. 27 richtig wäre, Modeſtinus bei Beantwortung der ihm vorgelegten Frage darauf Gewicht gelegt haben, ob in der Sentenz eine certa quantitas enthalten? — Dieſer Umſtand ſcheint in der That ungeachtet aller dagegen gemachten Einwendungen bei Interpretation unſeres Geſetzes lediglich entſcheidend zu ſeyn, was ſchon allein aus der Form folgt, wonach Modeſtinus ihn zur Bedingung der Richtigkeit ſeiner responsio voranſchickt. Die ihm vorgelegte Frage lautet: iſt unter den vorausgehenden Umſtänden das Urtheil von Wirkſamkeit? Modeſtinus antwortet: ja, vorausgeſetzt, daß die Sentenz auf eine certa quantitas lautet. Hiernach raiſonnirte Modeſtinus ohne Zweifel ſo: Eine Sentenz, worin geradezu auf Bezahlung von Zinſes Zinſen erkannt wäre, würde als dem jus in thesi widerſprechend, ohne Weiteres nichtig und wirkungslos ſeyn. Aber eine Sentenz, die auf eine entſchieden zu große, aber blos der Quantität nach ausgeſprochene Condemnationsſumme lautet, kann, wenn weiter nichts vorliegt, als bloß die große Condemnationsſumme, aus weſentlich anderem Geſichtspunct beurtheilt werden. Sie läßt nämlich der Erwägung Raum, daß der Richter bei ſeiner Verurtheilung ein zu großes Schuldencapital vor Augen gehabt, daß er alſo in der certa quantitas nur auf einfache Zinſen von dem Capital zu erkennen gemeint habe. Hätte er auf eine beſtimmte Capitalſumme erkannt unter Beifügung eines widerrechtlich großen Zinsquantums, ſo würde ohne Zweifel auch nach Modeſtins Anſicht die Sentenz ſich nicht halten laſſen, ſey es nun, daß ſie aus dem Geſichtspunct des ſtillſchweigenden Widerſpruchs contra jus constitutionis, oder aus dem Geſichtspunct des Rechnungsfehlers hinfällig würde. Auf keinen Fall würde dieſe Sentenz eine actio judicati begründen. Wo aber der Inhalt der Sentenz es zweifelhaft läßt, ob der Richter in ſeiner Sentenz ſich in jure oder in facto geirrt, wo die Sentenz die Auslegung zuläßt,

daß der Fehler derſelben lediglich auf einer falſchen factiſchen Vorausſetzung (hier der zu großen Capitalſumme) beruht, da ſoll die Präſumtion nicht für die Nichtigkeit ſtreiten; die fehlerhafte Sentenz ſoll in dubio für eine injusta gelten. In unſerm Fall hatte in der That der Verurtheilte die Sentenz auch als ſolche behandelt; er hatte dagegen appellirt, aber unförmlich. Seine Appellation war daher wirkungslos, die Sentenz alſo rechtsbeſtändig, und der actio judicati ſtand nichts im Wege. — Zur Beſtätigung dieſer Interpretation dient noch, daß ſelbſt nach den Worten des Geſetzes die Vorausſetzung deſſelben keine sententia nulla, ſondern eine „injusta sententia“ war, welches Prädicat aus dem angegebenen Geſichtspunct vollkommene Rechtfertigung findet.

So viel nur hier über die römiſchen Nichtigkeitsgründe der Sentenz.

Der Schutzmittel gegen dieſelben gab es nach röm. Recht und giebt es von den röm. Zeiten her jetzt noch mehrfache. Das röm. Recht kennt die Querel, die, wie Heffter bemerkt, wohl in einer einfachen Anzeige von der vorhandenen Nichtigkeit beſtand. An einen eigentlichen Devolutiveffect war dabei nach röm. Recht nicht zu denken. — l. 19 de appell. — Wohl aber konnte die Sache zur Entſcheidung an einen anderen judex datus gelangen. Später, als aus dem canon. Recht die Nullitätsquerel als beſonderes Rechtsmittel ſich entwickelte, ward dieſes bald mit bald ohne Devolutiveffect benutzt. — Uebrigens iſt in der That nicht recht einzuſehen, wie Heffter S. 506 und Geſterding S. 159 zu der Behauptung kommen konnten, Rechtsmittel gegen nichtige Urtheile ſeyen ein Unding. Sie ſagen zwar, gegen etwas, was gar nicht rechtlich exiſtire, könne es keiner Rechtsmittel bedürfen, und bei einem ungültigen Urtheil könne von einer Beſchwerde nicht die Rede ſeyn, es ſey eine contradictio in adjecto, zu ſagen, daß einem durch ein ungültiges Urtheil zu nahe getreten ſey, unmöglich könne einem durch ein Nichts eine Beſchwerde zugefügt werden. — Allein wir bemerken hiergegen, daß eine

juriſtiſche Nichteriſtenz ſo viel iſt als die Fiction einer Nichteriſtenz. Wenn man ſich nun über ein juriſtiſch nichtiges Urtheil beſchwert, ſo beſchwert man ſich in der That über das reell exiſtirende Urtheil, und ſucht durch ſeine Beſchwerde zu bewirken, daß der Richter die juriſtiſche Nichtigkeit des Urtheils erkenne, die Nichteriſtenz deſſelben fingire, damit es nicht nach ſeinem reell exiſtirenden Inhalt ſchade oder beſchwere. Abgeſehen davon, daß, durch negative Handlungen eben ſo gut als durch poſitive, Rechtsverletzungen zugefügt werden können, wird hier die Beſchwerde nicht durch das Nichts in dem nichtigen Urtheil zugefügt, ſondern ſie wird durch das Urtheil zugefügt, in wiefern es durch ſeinen reellen Inhalt poſitive Wirkungen äußern könnte, und das Urtheil wird eben als nichtig charakteriſirt, als nichteriſtirend fingirt, damit es nicht die Beſchwerde zufüge. — Außer jener Querel kann man ſich gegen eine nichtige Sentenz entweder ſchützen durch neue Anſtellung der früheren Klage und dann der vorgeſchützten exceptio rei judicatae mit der replica nullitatis begegnen, oder bei widerrechtlich angebrachter actio judicati durch Vorſchützung der exceptio nullitatis.

Dieſe letzteren Schutzmittel intereſſiren uns hier aber nicht weiter. Wir haben es im Folgenden nur noch in der Kürze mit einer Entwicklung der heutigen geſetzlichen Grundſätze über die Nichtigkeitsbeſchwerde aus den Beſtimmungen des J. R. A's. und der früheren Reichsgeſetzgebung zu thun. Und hier dürfte ſich die Behauptung rechtfertigen laſſen:

1) Daß, abgeſehen von der Conſtruirung des beſonderen Rechtsmittels der Nullitätsquerel mit möglichem Devolutiveffect, und einigen untergeordneten Beſtimmungen, namentlich über die Appellationsſummen (vgl. R. A. von 1570 §. 69) u. ſ. w. bis auf die Zeiten des J. R. A's. an den römiſchen Beſtimmungen über die Nichtigkeit der Sentenzen und Nichtigkeitsbeſchwerden gemeinrechtlich nichts geändert iſt, und

2) daß die einzige Abänderung, die im J. R. A. enthalten, darin beſteht, daß die Qualität der Nichtigkeit bei

denjenigen Sentenzen vollständig aufgehoben ist, die einen Widerspruch contra jus in thesi enthalten, die aus diesem Gesichtspunct nichtige Sentenz also jetzt einfach als eine sententia iniqua zu betrachten, und ganz nach den Grundsätzen derselben zu behandeln ist; daß demnach

3) auch nach dem Inhalt des J. R. A's. so wenig eine heilbare Nichtigkeitsbeschwerde existirt, als sie aus den Gesetzen vor dem J. R. A. nachzuweisen ist.

Es ist bekannt, daß man aus den Bestimmungen der K. G. O. v. 1521 XXI. vgl. mit XIX. 2. 3. über die Nichtigkeiten „dadurch einer Parthei in der Hauptsach ein unwiderbringlich Unrecht geschieht", und über die eventuelle Cumulirung der Nichtigkeitsbeschwerde mit der Iniquitätsbeschwerde, den Schluß zu ziehen gewohnt ist, schon die frühere Reichsgesetzgebung habe angefangen, zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten zu unterscheiden [19]); ferner, daß nach dem Inhalt der vielbesprochenen §§. 121. 22. des J. R. A's. diese Unterscheidung vollständige Sanction erhalten haben soll. Aus dieser Unterscheidung soll sich dann auch folgerecht ein neues Rechtsmittel, das der heilbaren Nichtigkeitsbeschwerde nemlich, herausgebildet haben, indem nothwendig die unheilbare Nichtigkeitsbeschwerde einen Gegensatz haben mußte. So weit herrscht bei den Meisten Uebereinstimmung. In der näheren Interpretation der §. 121. 122. aber finden sich dann Abweichungen. Einige nämlich, wie Heffter [20]) räumen ein, daß durch den J. R. A. die Nichtigkeit der Sentenz wegen Widerspruchs contra jus in thesi aufgehoben, daß aber nach Inhalt desselben doch die heilbare Nichtigkeitsbeschwerde bestimmt sey für die Fälle weniger erheblicher Mängel in der Prozeßform. Andere, wie Linde [21]) beschränken die Fälle der unheilbaren Nichtigkeit auf die von J. R. A.

19) cf. Linde's Lehrb. §. 119.

20) Instit. S. 512.

21) a. a. O. §. 421.

ſpeziell genannten, räumen aber die heilbare Nichtigkeitsbeſchwerde als beſonderes Rechtsmittel ein: 1) im Fall die Sentenz contra jus in thesi verſtößt, 2) wenn die Nichtigkeit aus der Nichtbeobachtung der durch poſitive Geſetze gebotenen Formregeln entſteht. Geſterding [22]) endlich meint, daß im J. R. A. überhaupt bloß von prozeſſualiſchen Formfehlern die Rede iſt, daß alſo nach wie vor eine contradictio contra jus in thesi unheilbare Nichtigkeit bewirke.

Was zuförderſt nun die Beſtimmungen der früheren Reichsgeſetze betrifft, ſo muß man allerdings einräumen, daß ſie ein bündiges Zeugniß ablegen über die Unklarheit, in welcher der damaligen Zeit der Begriff der prozeſſualiſchen Nichtigkeit erſchien. Indeſſen laſſen ſie ſich doch mit den allgemeinen römiſch-rechtlichen Grundſätzen in Uebereinſtimmung bringen, wenn man ſie mit dem anerkannten Satz in Verbindung ſtellt, daß ein prozeſſualiſcher Formfehler nur in ſo fern Nichtigkeit bewirkte, als er einen Verſtoß gegen die weſentlichen Beſtandtheile, die substantialia processus enthielt. Weiter ſollen nämlich auch jene Beſtimmungen der K. G. O. v. 1521 Art. 21 nichts ſagen, die nach vorgängiger Verordnung einer cumulirten Vorbringung der Iniquitäts- und Nichtigkeitsbeſchwerde, dem Richter gebietet, nur dann auf Nichtigkeit zu erkennen, wenn der behauptete Formfehler einen unwiderbringlichen Nachtheil zur Folge habe, d. h. als ein weſentlicher Mangel in substantialibus processus zu betrachten ſeyn würde. Iſt dieß der Fall, ſo ſoll vorgängig über den Nichtigkeitspunct als über eine Präjudicialfrage entſchieden werden. Iſt das aber nicht der Fall, d. h. liegt „ein minder erheblicher Mangel in der Form des Verfahrens“ vor, ſo fällt der Geſichtspunct der Nichtigkeit ganz weg [23]). Die unten

---

22) a. a. O. S. 164—72.

23) „Und ſo der Kammerrichter und Beiſitzer ſolche angezogene Nich„tigkeit nicht dergeſtalt erfunden, daß dadurch einer Parthei in der „Hauptſach ein unwiderbringlich Unrecht beſchehe, ſollten dieſelbe

angegebenen Worte finden offenbar ihre Erläuterung in der K. G. O. 1555 III. Tit. 34 §. 2.:"

„es wäre dann, daß in den actis erster Instanz eine öffentliche (offenbare) Nullität befunden, welche in anderer Instanz nicht ratificirt werden möcht (könnte)."

Das unwiderbringliche Unrecht besteht hiernach nun darin, daß es in oberer Instanz nicht reparirt werden kann, und es kann in oberer Instanz nicht reparirt werden, weil, wie Mittermaier (Beitr. III.) sehr treffend bemerkt, ein bloßer Act richterlicher Reflection in oberer Instanz, bei einem Mangel in den wesentlichen Bedingungen des Verfahrens in der früheren Instanz nicht anders helfen kann, als durch Aufhebung des früheren nichtigen, und durch Anordnung eines neuen Verfahrens. Es ist demnach klar, daß die „Nichtigkeit, dadurch der Parthei ein unwiderbringlich Unrecht geschieht", nichts anders zu bedeuten hat, als der wesentliche Mangel in den substantialibus processus, in der Person des Richters und der Parthien. — Von einer neuen Art der Heilbarkeit einer Nichtigkeit ist hier also durchaus nicht die Rede, und die Unterscheidung nach dem unwiderbringlichen Schaden hat an sich weiter gar keinen Werth, dient nur allenfalls zur näheren Bestimmung oder zum Erkennungsmerkmal der Wesentlichkeit oder Außerwesentlichkeit des prozessualischen Formfehlers.

Schwieriger in der That ist der Sinn des §. 121. 22. des J. R. A's. Man ist genöthigt, ihn aus den in den Regensburger Reichstagsacten enthaltenen Motiven zu erklären, und demnach werden gerade diese zur Rechtfertigung der verschiedenartigsten Interpretationen benutzt. Offenbar herrscht auch hier über den Begriff der Nichtigkeitsbeschwerde großes Dunkel und Schwanken, und Manchem mochte bei den Reichstagsverhandlungen die Existenz einer heilbaren Nichtigkeitsbeschwerde dunkel vorschweben. Darauf deutet das Conclusum

„vorige Prozeß anderer Unförmlichkeit halber als nichtig bei ihnen „nicht verworfen werden."

im Fürſtenrath hin[24]). Auch ſelbſt die unbeſtimmte Faſſung des pass. 11 no. II. im allgem. Reichsgutachten[25]) erklärt ſich aus dem hier herrſchenden Mangel an klaren Begriffen. Aus dieſem Geſichtspunct würde nun allerdings die Heffter'ſche Interpretation des J. R. A's. vielen Schein der Richtigkeit gewinnen. Nimmermehr aber dürfte man zugeben, daß auch ſelbſt aus dieſem Geſichtspunct der heilbaren Nichtigkeitsbeſchwerde durch den J. R. A. eine weitere Anwendbarkeit eingeräumt wäre als auf außerweſentliche prozeſſualiſche Formfehler. Will man ſie mit Linde auch anwenden gegen die Sentenz, die contra jus in thesi verſtößt, ſo ſteht damit in Widerſpruch der ganze tenor ſowohl des J. R. A's., als auch des angef. Reichsgutachtens. Niemand wird es bezweifeln, daß in den angeführten Stellen mit der Scheidung zwiſchen sententia nulla und iniqua auf den römiſchen, nach der damaligen Deutung vielem Zweifel unterworfenen Unterſchied zwiſchen sententia contra jus constitutionis und litigatoris hingewieſen iſt. Der J. R. A. ſcheint bei Beurtheilung dieſer Unterſcheidung von ähnlichen Reflectionen ausgegangen zu ſeyn, wie in neueſter Zeit Gönner. Man fand (und gewiß nicht mit Unrecht), daß durch den unmittelbaren richterlichen Verſtoß gegen ein Geſetz der ſtreitenden Parthei kein empfindlicheres und größeres Unrecht geſchehe, als durch falſche Subſumtion und durch einen im Mangel juriſtiſchen Urtheils gegründeten Fehler; und wollte nicht, daß durch Bevorzugung des auf die erſte Weiſe Verletzten vor dem durch eine sententia injusta Gravirten, ein ewiger Streit, „ob sententia ſich nulla oder iniqua verhalte" rechtlich ſanctionirt ſey. Man wollte mit einem Mal dieſem Uebel abhelfen, man hob daher den Unterſchied zwiſchen sententia contra jus in thesi und hypothesi auf, und ſtellte ſie beide unter die Grundſätze der ordentlichen Rechts-

24) v. Mayern, acta comitialia Ratisbon. tom. II. S. 653 v. „der Nullitäten halber" ꝛc.

25) ibid. S. 444.

mittel. — Diese ordentlichen Rechtsmittel aber sind keine andere, als die bis dahin schon gangbaren. Nicht allein, daß mit keinem Wort der Einführung eines neuen Rechtsmittels der heilbaren Nichtigkeitsbeschwerde gedacht ist: es dürfte sich der Beweis unmittelbar führen lassen, daß der J. R. A. kein neues Rechtsmtttel einführen, vielmehr in den Fällen der früheren nichtigen, jetzt mit der sententia iniqua verschmolzenen Urtheile die Appellation angewandt wissen wollte. Wenn nämlich der J. R. A. §. 121 sagt:

„so soll zur Verhütung dergleichen unnöthigen Gezänks in allen beiden Fällen, a sententia tam nulla quam iniqua das *fatale interponendae* observirt werden;"

so ergänzt sich die hierin liegende Auslassung durch die Worte des angef. Reichsgutachtens:

„quod fatale *interponendae appellationis* tam a sententia injusta, quam sententia nulla decendium esse."

Hätte für den Fall der sg. heilbaren Nichtigkeit ein eigenes Rechtsmittel, unter Voraussetzung der ohne Benutzung desselben nach Ablauf des decendii eintretenden Rechtskraft, eingeführt werden sollen, so hätte es heißen müssen: daß die Nichtigkeitsbeschwerde im vorliegenden Fall ebensowohl an das Decendium gebunden seyn solle, als die Appellation a sententia iniqua. Es heißt aber nicht: quod fatale interponendi remedii etc., sondern interponendae appellationis, und es folgt hieraus klar die Bestimmung: die bezeichnete *sententia nulla* und *iniqua* sollen verschmolzen und von beiden soll künftighin *intra decendium* appellirt werden[26]). Das angef. Reichsgutachten dient

27) Es bedarf wohl nicht der Bemerkung, daß diese Interpretation des J. R. A's. durchaus keinen Einfluß äußert auf die Beurtheilung einer Sentenz, die eines Rechnungsfehlers oder absolut dunkler Fassungen wegen nichtig ist. Daß diese nach wie vor der Rechtskraft nicht fähig, und folglich mit der Nichtigkeitsbeschwerde anzufechten ist, versteht sich von selbst, da es einer solchen Sentenz offenbar an einer wesentlichen prozessualischen Bedingung fehlt.

noch ferner zur Erläuterung des J. R. A's. Es iſt nämlich darnach in dem Fall die Appellation contra sententiam nullam intra decendium zu interponiren, wenn „die nullitas ex formalitate et subtilitate processus herfließt.“ Wird demnach, wie es von Heffter geſchieht, eingeräumt, daß nach dem J. R. A. nur die Appellation das gegen die sententia contra jus in thesi, zuläſſige Rechtsmittel iſt, ſo muß man auch das Andere einräumen: es muß nämlich auch im Fall der minder erheblichen prozeſſualiſchen Formfehler, im Fall der nullitas ex formalitate et subtilitate processus (im Gegenſatz der substantialia) die Hülfe nicht auf dem Wege eines ſtillſchweigends neu eingeführten Rechtsmittels, ſondern mittelſt der ſchon beſtehenden gemeinrechtlichen Rechtsmittel zu ſuchen ſeyn. Wendet man hiergegen ein, man könne doch unmöglich genöthigt ſeyn, gegen ein mangelhaftes prozeßleitendes Decret z. B. ſich des devolutiven Rechtsmittels der Appellation zu bedienen; ſo erwiedern wir, daß dieß auch keineswegs behauptet iſt. Es wird einem aber doch eben ſo wenig einfallen, die an den decretirenden Richter geſtellte Bitte um Abänderung jenes Decrets eine heilbare Nichtigkeitsbeſchwerde zu nennen, als man z. B. das Geſuch um Dilationsbewilligung ſo nennen wird. Und doch haben beide Geſuche ungefähr dieſelbe Tendenz: das Eine Abänderung des prozeßleitenden Decrets wegen eines unerheblichen Fehlers, der auf den Gang des Prozeſſes nicht vernichtend einwirken, mit der Rechtskraft der Hauptſache alſo auch ſelbſt in Rechtskraft übergehen würde, das andere auch Abänderung des prozeßleitenden Decrets, Ausſetzung nämlich des richterlich angeordneten Termins aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Bequemlichkeit.

Zu dem Bisherigen ſetzen wir noch mit zwei Worten die Bemerkung hinzu, daß der Begriff einer heilbaren Nichtigkeitsbeſchwerde ſich aus allgemeinen Gründen am allerwenigſten rechtfertigen laſſen dürfte. Verſtehen wir nämlich unter einer nichtigen Sentenz eine ſolche, welche die Rechtskraft nicht beſchreiten kann (cf. Heffter a. a. S. 253) ſo iſt es doch

wohl ein offenbarer Widerſpruch, zu behaupten, heilbare Nichtigkeitsbeſchwerde ſey eine ſolche, mit welcher ein (wegen minder erheblicher Prozeßmängel) nichtiges Urtheil intra decendium angefochten werden muß, damit es nicht in Rechtskraft übergehe. Die Heilung einer ſolchen Sentenz iſt alſo hiernach nur denkbar unter Vorausſetzung ihrer Fähigkeit in Rechtskraft überzugehen; man kann demnach mit demſelben Recht von der Heilung einer unheilbaren Krankheit ſprechen.

Was wir hier über den Sinn des J. R. A's. ausgeführt haben, iſt, wie von ſelbſt in die Augen fällt, von weſentlichem praktiſchen Einfluß auf die Lehre von der sententia contra jus in thesi, indem ſich hiernach das Reſultat ergiebt, nicht allein daß ſie eben ſo gut der Rechtskraft fähig iſt, als die sententia contra jus in hypothesi, ſondern auch, daß keine Art Nichtigkeitsbeſchwerde, wohl aber, und zwar nur die gemeinrechtlichen ordentlichen Rechtsmittel dagegen anwendbar ſind. Mit Beziehung auf die außerweſentlichen Prozeßmängel ſollte die bisherige Ausführung hauptſächlich nur dazu dienen, der gangbaren Unbeſtimmtheit im juriſtiſchen Sprachgebrauch entgegenzuwirken; und gewiß iſt hier zu einem erwünſchten Reſultat auf keinem ſichereren Wege zu gelangen, als durch die gegründete Annahme, daß auch nach dem J. R. A. nur Eine Art der Nichtigkeitsbeſchwerde exiſtirt, die ſg. unheilbare nämlich, und durch Ausſtreichung des ungereimten Begriffs einer heilbaren Nichtigkeitsbeſchwerde aus dem juriſtiſchen Sprachgebrauch. Sind doch die neueſten Prozeßordnungen (wie die Baden'ſche, die proviſoriſche Gerichtsordnung für das O. A. Gericht der Herzogth. Schleswig, Holſtein und Lauenburg u. a.) unſeren deutſchen Prozeßlehrern in dieſem Verfahren ſchon mit einem guten Beiſpiel vorangegangen!